



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La originalidad en las obras de propiedad intelectual. Especial atención al ámbito de la fotografía.

Autor/es

NEREA PALACIOS IBÁÑEZ

Director/es

JOSÉ MANUEL VENTURA VENTURA

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



La originalidad en las obras de propiedad intelectual. Especial atención al ámbito de la fotografía., de NEREA PALACIOS IBÁÑEZ
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

LA ORIGINALIDAD EN LAS OBRAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Especial atención al ámbito de la fotografía

ORIGINALITY IN INTELLECTUAL PROPERTY WORK

With an emphasis on the field of photography

Alumno:

PALACIOS IBÁÑEZ, Nerea

Tutor:

VENTURA VENTURA, José Manuel

Año académico 2017-2018

Non nova, sed nove
“Nada se inventa, solo se mira de otro modo”

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	4
1.- INTRODUCCIÓN	5
2.- DISCURSO HISTÓRICO LEGISLATIVO SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	7
2.1.- La Ley de 1847, de 10 de junio, de Propiedad Literaria	8
2.2.- La Ley de 1879, de 10 de enero, de Propiedad Intelectual.....	9
2.3.- La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual	11
3.- EL OBJETO PROTEGIDO POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL: REQUISITOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 10 TRLPI	12
3.1.- Creación.....	13
3.2.- Original.....	14
3.3.- Incluida dentro del género literario, artístico o científico.....	15
3.4.- Expresada	16
4.- SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE “ORIGINALIDAD”	17
4.1.- La originalidad en sentido subjetivo	19
4.2.- La “originalidad” en sentido objetivo.....	20
4.3.- El Registro de la Propiedad Intelectual y sus posibles problemáticas de facto.....	21
5.- EL CONCEPTO DE “ORIGINALIDAD” EN LAS OBRAS FOTOGRÁFICAS Y MERAS FOTOGRAFÍAS	22
5.1.- Aspectos generales	22
5.2.- La visión de la originalidad en las directivas comunitarias	24
5.3.- Obras fotográficas	28
5.4.- Meras fotografías.....	31
5.5.- La titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía.....	34
6.- CONCLUSIONES	35
7.- BIBLIOGRAFÍA	37

ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
Art. (s)	Artículo (s)
CC	Código Civil
<i>CCJC</i>	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Cdo. (s)	Considerando (s)
CE	Constitución Española o Comunidad Europea (directivas comunitarias)
CEE	Comunidad Económica Europea
<i>Cfr.</i>	Confróntese
FJ	Fundamento jurídico
LCD	Ley de Competencia Desleal
LO	Ley Orgánica
LPI	Ley de Propiedad Intelectual de 1987
<i>ob. cit.</i>	Obra citada
Pág.	Página
Pp.	Páginas
Párr.	Párrafo
RDL	Real Decreto Legislativo
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996
<i>Vid.</i>	Véase

RESUMEN

La propiedad intelectual está íntimamente relacionada con el desarrollo y difusión del patrimonio cultural, lo que genera un mercado en el que debemos reconocer a los autores como los titulares de los derechos que genera su obra. De tal modo que será la calificación de “creación original” la que determine la coexistencia de los derechos patrimoniales y morales que componen el contenido del derecho de autor en su plenitud. A pesar de la doctrina y la jurisprudencia a nivel nacional, comunitario e internacional, no hay consenso en cuanto a la mejor interpretación de la originalidad sin encontrar objeciones de los diferentes sectores. En este trabajo intentaremos recopilar sintéticamente las diversas interpretaciones en torno al concepto indeterminado de “originalidad” mediante un breve estudio de la legislación sobre la propiedad intelectual y cómo pueden repercutir en el campo de la fotografía las visiones objetiva y subjetiva, e incluso la inexistencia de originalidad como tal, respecto a la tutela del derecho de autor.

ABSTRACT

Intellectual property is closely related to the development and dissemination of cultural heritage, which generates a market in which authors must be recognized as owners of the rights generated by their work. Therefore, it will be the legal denomination of “original creation” that determines the coexistence of the patrimonial and moral rights that constitute the content of the author’s right in its fullness. Despite de doctrine and jurisprudence at the national, European Union and international levels, there is no consensus regarding the best interpretation of originality without any objections from the different sectors involved. For the purpose of this work, we will try to briefly explain the different interpretations surrounding the indeterminate category of “originality” through an analytical study of the legislation on intellectual property law as well as how the field of photography can be impacted by both objective and subjective visions or, in some cases, by the absence of originality, regarding the protection of author’s rights.

1.- INTRODUCCIÓN

La «originalidad» es un término recogido en nuestra legislación sobre propiedad intelectual desde los siglos XVIII-XIX y sobre el que se ha generado gran debate ya que se constituye como un concepto jurídico indeterminado que tiene gran relevancia en el ámbito del Derecho de autor.

Este trabajo trata de analizar el concepto de «originalidad» desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, ya que la protección que ofrece la propiedad intelectual va a encontrar su ámbito de aplicación en aquellas creaciones en las que se haya reconocido la existencia de originalidad en su vertiente objetiva o subjetiva. En efecto, la regulación del objeto de protección parte del art. 10.1 TRLPI donde se presenta la idea de que el Derecho de autor solo despliega sus efectos ante *“creaciones originales literarias, artísticas o científicas”*.

El TRLPI en su art. 1 establece que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde a su autor por el solo hecho de su creación; por su parte el art. 5.1 dispone que *“se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”*. Ambos preceptos debemos ponerlos en conexión con el art. 10.1 TRLPI el cual enuncia que *“son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*.

Todo ello nos lleva a cuestionarnos cómo debe entenderse el sentido de la originalidad y si es posible un planteamiento global de la misma para todas las obras protegidas por la propiedad intelectual o, por el contrario, las obras literarias, las obras artísticas y las obras científicas se encuentran bajo una visión concreta de originalidad en cada caso, debido a sus respectivos ámbitos de libertad de creación.

A la hora de llevar a cabo este trabajo tendremos en cuenta el desarrollo de la normativa referida a la propiedad intelectual aplicable en España, sin perjuicio de poder traer a colación la doctrina y jurisprudencia comunitaria y aquella de países próximos para poder analizar mejor el concepto de originalidad e intentar esclarecer en qué situación actual nos encontramos. Posteriormente, realizaremos un breve análisis de los requisitos objetivos que deben cumplirse a tenor del art. 10 del TRLPI y, una vez posicionados en el ámbito objetivo de protección por la propiedad intelectual, nos focalizaremos en la explicación de las diferentes vertientes (subjetiva y objetiva) en torno al concepto de originalidad.

Finalmente, nos gustaría advertir de la dificultad que tiene el esclarecimiento del término «*originalidad*» y, debido a la limitación de espacio, nos centraremos en analizar más detenidamente su repercusión en el ámbito de la fotografía diferenciando entre obras fotográficas y meras fotografías.

2.- DISCURSO HISTÓRICO LEGISLATIVO SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El origen del Derecho de autor hemos de vincularlo al descubrimiento de la imprenta, pues a partir de este hito se pudo empezar a hablar de los privilegios de impresión concedidos en primer lugar a los impresores (editores) y a posteriori, en el siglo XVIII, a los autores. Asimismo, será a finales del siglo XVIII / principios del siglo XIX, cuando se empieza a observar la propiedad intelectual en los ordenamientos europeos como un derecho subjetivo que debe regularse por el Derecho privado y ello implicó el hablar del concepto de “propiedad del autor”¹.

En España también se vivió dicha revolución de ruptura con el sistema de privilegios relacionados con la imprenta durante la etapa de cambio entre el Estado absolutista y el Estado de Derecho y, es ahí donde encontramos «La Pragmática» promulgada por los Reyes Católicos el 8 de julio de 1520 en Toledo². Por influencia de la situación que se estaba gestando en Francia respecto al reconocimiento de la “propiedad del autor”, esa nueva visión fue reflejada en España tanto en el Decreto núm. 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de junio de 1813³, como en la «Ley Calatrava» de 5 de agosto de 1823⁴. Sin embargo, durante el período de Regencia de M^a Cristina (1833-1849) se intentó volver al antiguo sistema de los privilegios de imprenta mediante el Reglamento de Imprentas de 1834⁵.

Posteriormente, durante la Década Moderada, a raíz del primer Proyecto de Ley de Bases del Código civil de 1844, surge la primera norma española con una regulación propia y general del Derecho de autor denominada «Ley sobre Propiedad Literaria» y promulgada con fecha de 10 de junio de 1847.

¹ La primera vez que aparece el concepto de “propiedad del autor” en un texto legal es en un Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 13-19/01/1791 («*Décret relatif aux spectacles*»). El Decreto de la Convención Nacional de 19-24/07/1793 («*Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*») reconoció la figura del autor como persona independiente y generadora de su obra, además de plantear la importancia de la originalidad de la obra del autor.

² «La Pragmática» se encuentra recogida como Ley I del Título XVI del Libro VIII de la Novísima Recopilación.

³ Decreto núm. 265, promulgado por las Cortes de Cádiz, de 10/06/1813, relativo a las “Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras”. Fue la primera disposición legal en España sobre Propiedad Intelectual en el contexto de la Constitución de Cádiz (1812). Posteriormente Fernando VII lo derogó.

⁴ La Ley sobre propiedad de obras literarias, más conocida como «Ley Calatrava», de 5/08/1823, fue firmada por Calatrava, J. M. en calidad de Secretario del Despacho de Gracia y Justicia. Fue derogada el 1 de octubre de ese mismo año por Fernando VII. Esta ley declaró la propiedad del autor sobre las producciones de su ingenio y equiparó la usurpación y el plagio con el delito de hurto. Se regulaba la “propiedad del autor” sin someterla a un límite de tiempo, aunque en el Proyecto inicial de Ley de 1823 sí se había previsto un plazo de duración al derecho de propiedad sobre las obras literarias.

⁵ A través de este Reglamento de Imprentas se intentó restaurar el antiguo sistema de censura de obras.

2.1.- La Ley de 1847, de 10 de junio, de Propiedad Literaria

El 10 de junio de 1847 se aprobó la primera ley de propiedad intelectual en España bajo la rúbrica de «*Ley de Propiedad Literaria*». Esta presenta reminiscencias de la etapa de los privilegios de imprenta conjugadas con una regulación más moderna sobre el Derecho de autor como consecuencia de las influencias exteriores, sobre todo francesas. En este sentido, para el legislador de 1847 no era tan importante reflejar que el derecho del autor sobre su obra era un derecho de propiedad sino que fuese regulado por medios similares al derecho de propiedad⁶.

La Ley de 1847 en su art. 1º⁷ presenta el tipo de obra que recibirá su protección, de tal manera que el objeto del derecho de “propiedad literaria” son los “escritos originales”. A pesar de este criterio, la Ley no solo protege las obras de contenido literario sino que también podemos entender que se protegerán las obras científicas ya que su art. 5.2º atribuye el derecho de “propiedad literaria” a “*toda corporación científica, literaria o artística, reconocida por las leyes, que publique obras compuestas de su orden, o antes inéditas*”.

De igual manera, tampoco se plasma en el art. 1º ninguna referencia a las obras artísticas pero, tal y como apunta MARCO MOLINA⁸, se planteó una discusión sobre el art. 3º de la Ley en el Senado⁹ en la que analizaban que la calificación “literaria” debía entenderse de suficiente alcance como para englobar las obras de las artes plásticas y de la música, incorporadas todas ellas al campo de las “artes liberales” y, por consiguiente, excluyendo las “artes mecánicas”¹⁰.

Sin embargo, tras una lectura completa de la Ley de 1847, podemos entender que lo que se desprende es una idea de obra protegida jurídicamente relevante a partir del momento en el que es susceptible de generar aportes patrimoniales a su autor¹¹ y es en este punto en el que encontramos esa evocación a los privilegios de imprenta¹². Por tanto, si la obra no estaba

⁶ MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 21-22.

⁷ Art. 1º: “*Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquiera otro semejante*”.

⁸ MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 26-28.

⁹ Sesión de 11 de marzo de 1847. Vid. *Diario de Sesiones del Senado* de 1847, núm. 24, de 11 de marzo.

¹⁰ Respecto a las artes mecánicas, en 1826 encontramos el Real Decreto orgánico de 27 de marzo relativo a la creación de inventos para la industria. En 1849 se dictó la Real orden de 11 de enero, entendiendo que las artes mecánicas estaban siendo reguladas por su propia ley especial y no necesitaban ser incluidas en la Ley de 1847.

¹¹ MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 31-33.

¹² Vid. art. 13.1: “*Ningún autor gozará de los beneficios de esta ley si no probase haber depositado un ejemplar de la obra que publique en la Biblioteca nacional, y otro en el Ministerio de Instrucción pública, antes de anunciarse su venta*”. De su tenor literal entendemos que debe existir físicamente el ejemplar de la obra y realizarse ciertos depósitos antes de poder anunciarse la venta de ejemplares de la misma, es decir, debía haberse reproducido como paso previo necesario.

reproducida y por ende no formaba parte del patrimonio, no podría gozar de la protección dispensada por la Ley de 1847 y quedarían desprotegidas aquellas que no fuesen rentables a través de la elaboración de copias¹³.

Teniendo esto en cuenta, la efectiva protección que ofrecía esta Ley se basaba en la facilidad de reproducción de la obra en cuestión, siendo la forma escrita el medio expresivo más idóneo. De esta manera, el género de las obras plásticas¹⁴, que como puntualizábamos que se encontraba protegido ya que forma parte del ámbito de las artes liberales, finalmente no llegará a estarlo porque no le eran de aplicación el resto de preceptos legislativos de este texto.

En último término, respecto al grado de originalidad que hemos de tener en cuenta a la hora de analizar las obras que son objeto de protección por la Ley de 1847, es el art. 1º el que hace referencia a los “escritos originales” sin aportar ninguna definición sobre qué debemos entender a través de dicha expresión.

El adjetivo “original” también lo encontramos en el art. 4.2º referente a las traducciones, así, en el caso de traductores en prosa de obras en lenguas vivas gozarán de un plazo por la mitad de tiempo¹⁵ del que, sin embargo, los autores de traducciones de lenguas muertas y de obras en verso (tanto de lenguas vivas como muertas) serán beneficiados con una duración de la protección por el derecho de propiedad literaria igual al de los autores de “escritos originales”¹⁶.

2.2.- La Ley de 1879, de 10 de enero, de Propiedad Intelectual

La Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, se gestó con el fin de dotar a la propiedad intelectual o Derecho del autor de un carácter perpetuo y con consecuencias jurídicas, a diferencia de lo que suponía la “propiedad del autor” en la Ley de 1847. El Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 aprobaba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 1879 sobre propiedad intelectual y, en su art. 1º, presentaba el objeto de protección de la siguiente manera:

¹³ MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, op. cit., pág. 34.

¹⁴ Vid. art. 3.5º: “Igual derecho corresponde: (...) a los pintores y escultores con respecto a la reproducción de sus obras por el grabado u otro cualquier medio”.

¹⁵ Arts. 3.1º y 2º (traducciones); 2 (“obras originales”).

¹⁶ Art. 4.2º (traducciones en prosa).

“Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía, o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo”.

En contraposición a la Ley de 1847 de Propiedad Literaria, la Ley de 1879 es denominada de «*Propiedad Intelectual*» y, a partir de este hecho, constatamos cómo se regula un concepto más amplio en el cual se engloban tanto las obras literarias como las obras artísticas u obras científicas¹⁷.

A partir de este hito, y con la influencia de países como Francia y Alemania, en España se comenzó a plantear la idea de la coexistencia entre el derecho de propiedad de carácter patrimonial con un incipiente “derecho moral”¹⁸ del autor. En el ámbito internacional hemos de mencionar la Conferencia de Roma de 1928 que caló en el intento de Proyecto de reforma de la Ley de 1879, presentado a las Cortes de la II República en 1934, y fue así como la figura del “derecho moral” se intentó incorporar en el art. 19, como transcripción del art. 6 bis del Convenio de Berna¹⁹. Sin embargo, dicho Proyecto nunca tuvo mayor proyección ni calado legislativo²⁰.

Respecto a la protección de las obras, la Ley de 1879 la subordinaba al cumplimiento de dos requisitos formales: el depósito legal de las obras y su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual²¹ -a excepción de las obras de artes plásticas, art. 37-.

¹⁷ El art. 1º Ley de 1879 apunta: *“La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a luz por cualquier medio”.*

¹⁸ A principios del siglo XX fue cuando comenzó a asentarse la idea del “derecho moral” del autor en España. Vid. STS de 21 de junio de 1965 (TOL 224.044): *“Que el contenido de la propiedad intelectual se ha perfilado en las categorías de facultades a partir de la Conferencia de Roma de 1928 (...) distinguiéndose así los dos aspectos o elementos -patrimonial y moral- que integran el derecho de autor, caracterizando la doctrina en el moral las facultades siguientes: la de decidir el autor si su obra se publica o no; la defensa de su paternidad intelectual y de la integridad de la obra, y en el de poder retirarla de la circulación, reconocidas esencialmente en el art. 6 bis de la Conferencia citada de 1928”* (Cdo 1º). Explicando esta idea, MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 133-139.

¹⁹ El Convenio de Berna fue promulgado en 1886 -el 5/12/1987 España se convierte en Estado contratante-, pero ha sido sometido a diversas revisiones y, en este caso, nos referimos a la realizada en Roma el 2 de junio de 1928 y en España entró en vigor el 23 de abril de 1933.

²⁰ MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, op. cit., pág. 138.

²¹ Vid. art. 36: *“Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores. (...) El plazo para verificar la inscripción será el de un año, a contar desde el día de la publicación de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día en que comenzó la publicación, y solo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripción”.*

Finalmente, sobre la plasmación del concepto de “originalidad”, tanto en la Ley de 1879 como en su Reglamento de ejecución de 1880, encontramos varias referencias pero ninguna esclarece qué es y cómo debemos interpretarlo²². Lo más común es encontrar dicho término en relación a la posibilidad o no de realizar una copia o reproducción de una obra original literaria, artística o científica; indicando el modo de inscripción que ha de llevarse a cabo; o, en el caso de las obras dramáticas y musicales, sobre todo en lo referente a los derechos de representación.

2.3.- La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual

A finales del siglo XX mediante la promulgación de la Ley 22/1987 en España se generó un punto de ruptura con la legislación decimonónica anterior al considerar que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el simple hecho de su creación. No se exigía ninguna formalidad para que el autor pudiera reclamar la protección que el ordenamiento le ofrece, lo que implica que el registro pasaba a ser de carácter voluntario, pero sin ello involucrar la existencia o no de un Registro de Propiedad Intelectual como mecanismo de protección adicional frente a terceros²³.

Se da paso a una nueva etapa en la que, junto con el Convenio de Berna (art. 6 bis), se plasma el “derecho moral del autor” definitivamente en el Derecho español²⁴. Por tanto, al autor de la obra intelectual le corresponderán tanto los derechos patrimoniales o de explotación que pueden ser objeto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* (arts. 17-21 y 42-57 LPI), como los derechos morales que son irrenunciables e inalienables (arts. 2 y 14-16 LPI)²⁵.

El ámbito de protección de la LPI de 1987 lo podemos exponer a través de su articulado del siguiente modo: “*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*” (art. 1), “*se considera autor a la persona natural que crea alguna obra*” (art. 5.1) y serán “*objeto de propiedad intelectual todas*

²² Se menciona el concepto “originalidad” en la Ley de 1879 en los arts. 2.2º y 3º, 10, 13, 31, 51.4º; y en el Reglamento de 1880 en los arts. 5, 18, 24, 67, 79, 96, 97, 98, 99, 100.

²³ De acuerdo con la no exigencia de formalidad para reclamar la protección por el Derecho de propiedad intelectual encontramos en el Convenio de Berna el art. 5.2º: “*El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra (...)*”.

²⁴ *Vid.* Disposición Transitoria 4ª de la LPI.

²⁵ VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pp. 225-226.

las creaciones originales” (art. 10.1)²⁶. Sin embargo, como venimos anunciando, es tónica común en la regulación de la propiedad intelectual en España²⁷, y en el resto de ordenamientos jurídicos que nos rodean, la no elaboración de una definición o la no atribución de un significado concreto al término *original* ni qué vertiente -objetiva o subjetiva²⁸- ha de seguirse.

Ante la dificultad práctica que encontramos entre la aplicación objetiva o subjetiva, estimamos conveniente la opinión del cuerpo de peritos y la emisión del dictamen correspondiente para cada caso concreto. No obstante, la Ley de 1987 no recoge esta idea en su articulado, a diferencia de la Ley de 1879 (arts. 27 y 55) y su Reglamento de 1880 (arts. 7.2, 10 y 55) que se referían a la importancia de la figura del perito, aunque no era en relación al análisis de la originalidad de la obra.

3.- EL OBJETO PROTEGIDO POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL: REQUISITOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 10 TRLPI

El Derecho de autor atribuye a su titular “*el derecho de gozar y disponer*” de la obra “*sin más limitaciones que las establecidas por las leyes*” (art. 348 CC²⁹); “*el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*” (art. 428 CC³⁰), y “*la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*” (art. 2 TRLPI³¹).

²⁶ Acorde con esta idea, el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, *cfr.* RD 1584/1991, de 18 de octubre; derogado por el RD 733/1993, de 14 de mayo, que a su vez ha sido derogado por el RD 281/2003, de 7 de marzo que es el actualmente vigente.

²⁷ Si hacemos una revisión de todos los preceptos de la LPI de 1987 veremos como el término “original” no siempre se utiliza en el mismo sentido, de tal suerte que, p. ej., en el art. 10 el adjetivo “original” es en base a la delimitación del objeto de protección, sin tener en cuenta si es una obra de carácter originario o secundario. En los arts. 11 y 12 se habla de originalidad en relación con una obra preexistente u originaria. Sobre esta reflexión, MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, *op. cit.*, pp. 342-354.

²⁸ *Vid. infra.* epígrafe 4, pp. 17 y ss.

²⁹ Art. 348 CC: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”.

³⁰ Art. 428 CC: “*El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*”.

³¹ Art. 2 LPI: “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”.

Atendiendo la redacción que realiza el legislador en el artículo 10.1 TRLPI: “*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*”.

La doctrina se muestra unánime al afirmar que aquello que protege el derecho de autor no son las ideas reflejadas en la obra, sino la expresión que el artista o creador de la obra ha dado a la idea, es decir, su forma, presentación y realización externa, formato, el modo de expresarla, configuración, etc.³²

En esta línea, siguiendo el precepto que estamos estudiando, se sostiene que para ser objeto de protección por la propiedad intelectual las creaciones intelectuales deben cumplir los siguientes requisitos objetivos³³:

- ❖ Debe ser una creación,
- ❖ original,
- ❖ incluida dentro del género literario, artístico o científico, y
- ❖ expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido o por conocer.

Antes de entrar a estudiar más en profundidad el concepto de originalidad, debemos detenernos brevemente en los requisitos objetivos necesarios para poder llegar a considerar una obra como objeto de protección por la propiedad intelectual.

3.1.- Creación

El primero de los requisitos objetivos que nos presenta el art. 10.1 TRLPI para obtener la protección por el derecho de autor es que se trate de una *creación*.

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 159; VATTIER FUENZALIDA, C., “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *ADC*, Vol. 46, Nº 3, 1993, pág. 1057. Asimismo, lo ha corroborado la jurisprudencia: SSTs de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286) y de 7 de junio de 1995 (RJ 1995\4628); SAP de Madrid (Sección 13ª), de 25 de abril de 1997 (AC 1997\1194).

³³ Las ideas que son comentadas en los siguientes epígrafes se deben a: RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Comentario al art. 10 LPI”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: (texto refundido, RDL 1/1996, de 12 de abril)*, Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2009, pp. 122-127.

El término “creación” hace referencia a la intervención humana³⁴ pero, sin embargo, que haya voluntad de crear en el ser humano no implica necesariamente un *animus auctoris*, ni una completa capacidad de entender y querer, ni tampoco capacidad de obrar³⁵ (entendiéndose, por tanto, la posible autoría de menores e incapaces, salvo que la sentencia de incapacitación disponga otra cosa, o por razones extraordinarias de imposibilidad física e intelectual del sujeto). Solo las necesarias aptitudes técnicas pueden descartar la creación de obras científicas.

En cualquier caso, es exigible la existencia de una actividad creativa para que se pueda proteger la obra por la propiedad intelectual. Además, en palabras de OTERO LASTRES: “*de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 10 del TRLPI se desprende que el acto de creación del autor es una condición necesaria, pero no suficiente para beneficiarse de la protección: la obra ha de ser fruto de un acto de creación, pero este acto ha de tener necesariamente como resultado la producción de una «obra original»*”³⁶.

3.2.- Original

Sin perjuicio del posterior desarrollo que se va a realizar en el epígrafe 4 -*infra* pp. 17 y ss.-, a continuación presentaremos los rasgos más básicos del concepto de «originalidad».

El TRLPI protege las *creaciones originales* que aporten algo distinto y se diferencien de las previamente existentes. Será el componente de originalidad lo que atribuya la propiedad de la obra o creación a su autor, pero no tendrá derechos sobre la parte de la obra que no resulte original. De lo anterior se entiende que “*la falta de originalidad de una creación no excluye su protección si es solo parcial y no se deriva de coincidir con la parte original de otra creación*”³⁷.

Por tanto, debemos afirmar que la *originalidad* ha de ser considerada como un requisito *sine qua non* que debe encontrarse en cualquier creación intelectual digna de protección como

³⁴ Sobre la intervención humana la SAP de Madrid (Sección 19ª), de 25 de marzo de 2004 (JUR 2004\248592), “*del término creación se infiere la intervención humana*” (FJ. 5).

³⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Comentario al art. 10”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios...*, op. cit., 2009, pág. 122.

³⁶ OTERO LASTRES, J. M., “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”, en GARCÍA PÉREZ, R. (Coord.) y LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2008, pp. 73-102.

³⁷ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Comentario al art. 10”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), *Comentarios...*, op. cit., 2009, pág. 124.

obra por el derecho de autor y, cuanto mayor es la originalidad de una obra, mayor será la protección que ésta recibirá.

La originalidad es el requisito recogido en el art. 10 TRLPI de mayor relevancia en cuanto al hecho de cuestionarnos y entrar a valorar la posibilidad de protección de una obra por esta parte del ordenamiento jurídico, y esta idea también ha sido señalada en sede doctrinal y jurisprudencial³⁸. En definitiva, mediante la originalidad se busca proceder a la diferenciación entre “obras” y “meras creaciones”^{39 40}; distinción y finalidad que es apoyada y exigida en una obra o creación para poder ser susceptible de la protección ofrecida por la Ley, tanto en España como en los ordenamientos jurídicos de aquellos países que tienen normativa reguladora de los derechos de autor, como Alemania o Francia.

3.3.- Incluida dentro del género literario, artístico o científico

Los géneros a los que deben pertenecer las creaciones u obras originales que este precepto recoge y, por tanto, serán objeto de protección son: creaciones literarias, artísticas o científicas⁴¹ -no siendo estos géneros excluyentes entre sí en una misma creación en algunos casos-.

Sin embargo, no debemos olvidar que estos no son conceptos definidos legal o judicialmente y, la diferenciación y clasificación de una obra en uno u otro género no tiene trascendencia práctica ni supone un cambio en el régimen jurídico⁴². Esta idea es apoyada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien afirma: *“dicha clasificación no tiene más significado que el*

³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 52-58.

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual...*, *op. cit.*, 2017, pág. 55.

⁴⁰ Respecto a las meras creaciones hay que apuntar que, en algunos casos, también reciben protección por parte del TRLPI a pesar de ser más limitada que en el caso de que tuvieran el grado suficiente de originalidad y, por tanto, fuesen calificadas como “obras” y no como “meras creaciones”. En este sentido, encontramos que el TRLPI realiza una distinción entre “obra fotográfica” y “mera fotografía” (arts. 10.1.h y 128) –*Vid.* epígrafe 5 pp. 22 y ss.-, y entre “obras audiovisuales” y “grabaciones audiovisuales”.

⁴¹ Parte de la doctrina señala la irrelevancia de este criterio a pesar de estar así enunciado en el art. 10.1 TRLPI como requisito objetivo y haciendo referencia a una de las principales características que definen el concepto de “obra” a nivel legislativo. Siguiendo las palabras de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *“no cabe excluir la consideración de tal a una obra por no pertenecer a uno de esos campos”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 53-54.

⁴² RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. / BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 57; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual...*, *op. cit.*, 2017, pág. 52.

puramente descriptivo de señalar los diversos ámbitos de la actividad humana en los que se producen obras”⁴³.

La doctrina es unánime cuando afirma y sostiene que el derecho de autor lo que protege es la forma en la que aparecen recogidas en la obra las ideas y, por tanto, no protege las ideas relacionadas con la obra que la inspiran o dotan de contenido. Esto es así debido a la libertad de utilización de ideas y conocimientos para que pueda producirse un desarrollo cultural, social, económico y científico⁴⁴. Sin embargo, lo realmente importante será el lenguaje que utiliza el autor de la creación u obra para exteriorizarla.

3.4.- Expresada

Las creaciones que pueden ser objeto de protección por la propiedad intelectual deben estar “*expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido o que se invente en el futuro*”⁴⁵. Además, no se requiere que la obra se fije sino que lo importante es que se exprese para que pueda ser perceptible.

Aunque la Ley no exige que necesariamente la creación u obra original sea expresada a través de un soporte físico, sí es cierto que este será el medio más seguro para obtener dicha protección y, mediante la fijación de la creación, se facilitará la prueba de su existencia en el futuro⁴⁶. De lo que no cabe ninguna duda es que es requisito indispensable que haya una materialización de la idea en un soporte perceptible por los sentidos⁴⁷.

También recibirán la protección correspondiente aquellas obras o creaciones originales que se ejecutan en un determinado momento pero no queda constancia material de su existencia en el futuro, en este caso nos encontramos ante una expresión intangible como, por ejemplo, una

⁴³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual...*, op. cit., 2017, pág. 51.

⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 10 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 164-165.

⁴⁵ Extracto del art. 10.1 LPI.

⁴⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. / BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios...*, op. cit., 1997, pág. 57.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios...*, op. cit., 2009, pág. 127.

⁴⁷ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012, pág. 32, donde se cita en el mismo sentido a BETTINGER, T., *Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, CH Beck, München, 2001, pág. 40; BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 191; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial- Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 534.

improvisación musical o una coreografía. Además, no es necesario que la obra sea o haya sido percibida de hecho por otras personas, sino que basta con que pueda serlo⁴⁸.

4.- SIGNIFICADO DEL CONCEPTO DE “ORIGINALIDAD”

El art. 10 TRLPI es el precepto mediante el cual se indica qué se entiende por “obra” a los efectos de la Ley y será dicha definición la que debe tener en cuenta el aplicador del Derecho. Sin embargo, el problema principal es que se señala que “*son objeto de propiedad intelectual todas las «creaciones originales» (...)»*”, y con ello se subraya que serán protegibles por el derecho de autor aquellas creaciones literarias, artísticas o científicas que sean originales, pero no se define concretamente qué es la *originalidad* en sí misma.

Por tanto, a través de la afirmación anterior se aprecia que debemos analizar la definición del concepto de «*originalidad*»; así, cabe cuestionarse: ¿Qué significado legal tiene la originalidad? ¿Existe o no un concepto único de originalidad para todas las obras de propiedad intelectual?

No cabe ninguna duda en afirmar que, en cualquier caso, la originalidad es un elemento vertebral e ineludible a la hora de considerar una obra como objeto de protección por la propiedad intelectual. Sin embargo, al igual que con otros conceptos constitutivos de los derechos de autor, el concepto de “originalidad” no viene definido en el TRLPI⁴⁹. No obstante, siguiendo el tenor de la Directiva Comunitaria 1993/98/CEE⁵⁰ (actual Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines), podemos encontrar la definición de originalidad para las fotografías⁵¹ en su art. 6 y en su Cdo 17 (actual Cdo 16).

Para realizar una primera aproximación al término de «*originalidad*», conviene destacar que ARIAS MAÍZ hace mención a la idea de la existencia de un principio de funcionamiento en los sistemas de propiedad intelectual de Derecho comparado (alemán, norteamericano,

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual...*, op. cit., 2017, pág. 61.

⁴⁹ SOLER BENITO, C., *Propiedad intelectual en las artes escénicas*, Tesis doctoral dirigida por el Dr. MONTERDE I FAMÈS, P. y tutorizada por el Dr. FORGET I BOREU, F., en Universitat Autònoma de Barcelona, 2015, pág. 237

⁵⁰ Incorporada al Derecho español a través de la Ley 27/1995, de 11 de octubre.

⁵¹ Este tema será tratado con más precisión *infra* en el epígrafe 5, pp. 22 y ss.

británico, francés y español) y expone: “*La protección de la obra original lo será respecto de aquella parte que sea original y en la medida en la que sea original, dentro de las posibilidades que el medio, por su propia naturaleza, otorga al autor para desarrollar dicha originalidad*”⁵².

Este principio quiere reflejar la idea de que la propiedad intelectual no es un derecho absoluto que va a proporcionar el mismo alcance de protección a todas aquellas obras o creaciones consideradas originales, sino que protege aquella parte que es original y, en la medida que sea posible, dependiendo del grado de originalidad que presente.

Por tanto, a través de la *originalidad* podemos determinar qué es susceptible de protección por la propiedad intelectual y, en este sentido, también nos permitirá marcar el ámbito de protección, que solo podrá darse frente a copias de aquello que es original⁵³.

Hemos de tener claro que la *originalidad* es una cualidad que se encuentra en el objeto de la propiedad intelectual, es decir, en la obra o creación. Y, en este sentido, el ejercicio que lleva a cabo el autor de la obra mediante su capacidad de creación a través de una actividad humana consciente se plasmará en la originalidad de la obra⁵⁴.

En este punto, será conveniente apuntar qué se entiende por «*creatividad*» ya que, en cierto modo, es un concepto que interactúa con el concepto de «*originalidad*». Cuando se habla de *creatividad* se hace referencia a una capacidad del ser humano y, según la Real Academia de la Lengua Española, debe entenderse como “*capacidad de creación*”. En suma, nos estamos refiriendo tal y como apunta OTERO LASTRES, al hecho de que la creatividad en sí misma “*presupone una cualidad que dispone al autor para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra*”⁵⁵.

Con todo lo anteriormente expuesto y, siguiendo el breve discurso gramatical de los términos «*originalidad*» y «*creatividad*», vemos como coexiste una relación entre ambos siendo la originalidad una cualidad predicable del objeto (de la obra o creación) y, en el otro extremo, la creatividad como una capacidad o condición del ser humano, es decir, del autor del objeto.

⁵² ARIAS MAÍZ, V., “De la originalidad como requisito de protegibilidad de la creación intelectual” en *RFDUC*, Nº 90, 1998-1999, pág. 47.

⁵³ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., *Las obras del espíritu...*, op. cit., pág. 37, sobre esta idea se cita: HABERSTUMPF, H., *Handbuch des Urheberrechts*, Luchterhand, Neuwied, 2000, pág. 55.

⁵⁴ OTERO LASTRES, J. M., “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”, en GARCÍA PÉREZ, R. (Coord.) y LÓPEZ SUÁREZ, M.A., *Nuevos retos...*, op. cit., pág. 91.

⁵⁵ OTERO LASTRES, J. M., “La originalidad...”, op. cit., pág. 91.

En España existen dos grandes corrientes doctrinales en lo que se refiere a la interpretación del concepto de «originalidad» en el TRLPI. Por economía de espacio entendemos que no es viable proporcionar un análisis exhaustivo de ambas visiones -subjetiva y objetiva- de la originalidad en el Derecho de propiedad intelectual⁵⁶; pero sí consideramos necesario plasmar los rasgos principales y/o más característicos de ambas interpretaciones.

4.1.- La originalidad en sentido subjetivo

La corriente doctrinal que se inclina por la originalidad desde un punto de vista subjetivo es aquella que entiende la originalidad como la traducción de que la obra *“tiene su origen en el creador, que ha intentado expresar una idea propia y no reproducir una ajena”*⁵⁷. Respecto a esta corriente subjetiva, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apunta: *“Se contrapon[en] así intervención protegible y obra protegible, invención nueva y creación original. Ello se relaciona con la idea de que la originalidad se manifiesta como un reflejo de la personalidad del autor en la obra, constituyendo así la garantía de la singularidad de la misma”*⁵⁸.

A través de la originalidad subjetiva se busca que la creación refleje la personalidad de su autor de algún modo, pues esa huella del autor sería la garantía de singularidad de la obra⁵⁹. Esta visión también ha sido enunciada en el clásico Derecho francés por autores como DESBOIS quien señalaba que *“es suficiente para que una obra dé lugar a derecho de autor con que ésta sea original en el sentido subjetivo del término; no es, en modo alguno, necesario que sea nueva, en sentido objetivo”*⁶⁰.

⁵⁶ El TRLPI no define en qué consiste la *originalidad* de las obras o creaciones intelectuales, por lo que hemos de acudir a la doctrina y la jurisprudencia, las cuales aportan un concepto subjetivo que presenta la idea de originalidad como la plasmación de la personalidad del autor, y un concepto objetivo asimilado a la idea de novedad objetiva o ausencia de copia.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 498.

⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual...*, op. cit., 2017, pág. 53.

⁵⁹ La STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286), se refiere a la existencia o no de originalidad respecto a unas piezas de joyería, *“No basta que una obra haya sido realizada utilizando materiales preciosos y siguiendo las técnicas de la joyería para que la misma merezca la protección dispensada por la Ley de Propiedad Intelectual (...) En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor”* (FJ 3º). Apoyando esta idea, la SAP de Burgos (Sección 3ª), de 30 de diciembre de 2016 (AC 2017\120) señala que *“La originalidad (...) subjetiva se ha relacionado con la idea de manifestación del reflejo de la personalidad del autor de la obra. En un principio se entendió que la originalidad determinante era la subjetiva siendo lo verdaderamente relevante que en la obra se transmitiese la personalidad del autor a través de la actividad creativa”* (FJ 4º).

⁶⁰ DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Toluose, 1996, pág. 5, citado por ARIAS MAÍZ, V. en *“De la originalidad...”*, op. cit., pág. 40.; Asimismo, ARIAS MAÍZ, V, expone: *“será original toda aquella creación del hombre que sea fruto de un esfuerzo intelectual que no implique la mera aplicación de una técnica y lo será en la medida en la que se dé tal esfuerzo intelectual”*.

La idea principal que se intenta transmitir a través de la corriente subjetiva es que el hecho de que dos obras sean iguales no va a constituir una infracción del derecho de autor siempre y cuando cada autor, respectivamente, haya logrado expresar su capacidad creadora propia y su personalidad haya sido reflejada en la obra mediante la realización de decisiones personales. Sin embargo, este no es un criterio cerrado y no lo hemos de entender como protección a un estilo personal de un autor concreto.

Asimismo, la noción subjetiva ha llegado a ser cuestionada con el paso del tiempo y la llegada de nuevos tipos de creaciones en las cuales resulta complicado demostrar la personalidad o huella del autor⁶¹.

4.2.- La “originalidad” en sentido objetivo

Cuando hablamos de la tesis objetiva nos referimos a aquella creación que aporta y genera una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente, es decir, se asocia con el término «novedad».

La teoría objetiva fue expuesta en primer lugar por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien señalaba la relación existente entre la originalidad y cierto grado de novedad y concretaba que debe encontrarse en la ejecución o en la concepción de la obra, pero siempre en el momento de su creación^{62 63}. Además, hace referencia a la expresión “*relevancia mínima*”⁶⁴ mediante la cual se remite a la doctrina alemana cuando habla de la «*altura creativa*» (*Gestaltungshöhe*). A partir de ambas ideas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO enuncia que “*ese nivel mínimo de obra será más o menos elevado según el tipo de obra, puesto que depende del menor o mayor grado de libertad creativa con el que cuente el autor*”.

El requisito de la *altura creativa* nació con vocación de crear una diferenciación entre el ámbito de las obras de artes aplicadas y el diseño industrial, pero finalmente se extendió a los

⁶¹ SOLER BENITO, C., *Propiedad intelectual...*, op. cit., pág. 244.

⁶² ARIAS MAÍZ, V., “De la originalidad...”, op. cit., pág. 41; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pág. 285.

⁶³ Autores como RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F., en *Comentarios...*, op. cit., 1997, pp. 55-56, recogen la teoría expuesta por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en la misma obra.

⁶⁴ Vid. STS de 24 de junio de 2004 (RJ 2004\4318): “*El presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente (...). En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima*” (FJ 2º). Íden en las SSTs de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8098) y de 30 de enero de 1996 (RJ 1996\540); y STS de 5 de abril (RJ 2011\3146), relativa a las obras fotográficas y meras fotografías, que serán objeto de estudio *infra* en el epígrafe 5 pp. 22 y ss.

demás ámbitos convirtiéndose en una premisa de protección para todo tipo de obras⁶⁵. Al hablar de la *altura creativa*⁶⁶ nos referimos a un nivel mínimo en la singularidad o novedad de la creación que se esté observando, y será más o menos elevado en función del tipo de obra ya que depende del mayor o menor grado de libertad creativa de la que disponga el autor⁶⁷. En definitiva, resulta imprescindible que exista «*altura creativa*» con independencia de que la misma se encuentre en el fondo o en la forma de exteriorización de la obra y debe aplicarse a todas las obras intelectuales, sin importar el género.

Finalmente, a tenor de la doctrina alemana, se presenta la idea de la existencia de “*obras menores*” (*Kleine Münze*) a las cuales les corresponderá el nivel mínimo o más limitado de protección por parte del Derecho de autor pero que, sin embargo, puede llegar a contener un alto significado económico.

Cabe remarcar, como se ha apuntado *supra*, que el nivel de protección de la obra en cuestión depende de la originalidad que la misma presente; en el caso de esta corriente: de qué altura creativa tiene y dónde se encuentra dicha originalidad.

4.3.- El Registro de la Propiedad Intelectual y sus posibles problemáticas de facto

Una vez expuestas las diferentes opiniones doctrinales en torno a la delimitación de la *originalidad*, entendemos necesario mencionar que debido a la inexistencia de criterios normativos o interpretativos (doctrinales o jurisprudenciales) claros sobre este concepto, en la praxis, la última determinación sobre si una obra concreta será objeto de protección en el ámbito del Derecho de propiedad intelectual estará en manos del tribunal del caso que se esté estudiando. Así, podemos afirmar que existe gran discrecionalidad a favor de los tribunales y ello crea un clima de inseguridad jurídica que, sin embargo, no es exclusivo de nuestro

⁶⁵ SAIZ GARCÍA, C., “¿Protección de las ideas por el Derecho de autor?”, en *Ideas, bocetos, proyectos y Derecho de autor*, ROGEL VIDE, C. y SAIZ GARCÍA, C. (Coords.), Reus, Madrid, 2011, pp. 17-40.

⁶⁶ En relación con la STS 24 junio 2004 (*vid.* nota a pie de página 65), algunas sentencias de Tribunales menores también hacen referencia a “*un cierto grado de altura creativa*” como SAP Madrid (Sección 28ª), de 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010\299720); SAP Barcelona (Sección 15ª), de 29 de septiembre de 2005 (AC 2006\121).

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 2.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 99-135.

ordenamiento jurídico sino que también afecta a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁶⁸.

A raíz de esta idea, estimamos conveniente traer a colación el hecho de que el Registro de la Propiedad Intelectual es una entidad de carácter público en la que se inscriben los derechos de propiedad intelectual que corresponden al autor de una obra original. Es decir, mediante la inscripción de una obra a través de un procedimiento administrativo se tutelan los derechos de su autor siendo éste un acto que genera una prueba cualificada sobre la existencia y pertenencia de los mismos, salvo prueba en contrario⁶⁹.

Consecuentemente, el registrador será el encargado de calificar las solicitudes presentadas (art. 145 TRLPI), pero hasta qué punto está esta figura capacitada para cuestionar y valorar de forma precisa y congruente la originalidad de una obra y en qué corriente interpretarla.

5.- EL CONCEPTO DE “ORIGINALIDAD” EN LAS OBRAS FOTOGRÁFICAS Y MERAS FOTOGRAFÍAS

5.1.- Aspectos generales

La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, introdujo en el ordenamiento jurídico español un sistema dual de protección para las fotografías, pasando a ser objetos tutelables por esta vertiente del Derecho tanto las «obras fotográficas» (art. 10.1.h) como las «meras fotografías» (art. 118), al igual que en las legislaciones de países próximos⁷⁰.

En ese momento, la duda se circunscribía a cuáles debían ser los criterios que nos permitieran distinguirlas ya que las meras fotografías estaban acotadas por vía de exclusión en el sentido de ser éstas las que no “*tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I*”⁷¹. Por su parte, las obras fotográficas serían aquellas que generasen “creaciones originales” y, a través

⁶⁸ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012, pág. 42.

⁶⁹ No hemos de olvidar que el autor adquiere el derecho de propiedad sobre su obra por el simple hecho de ser su creador, y la inscripción en el Registro es de carácter meramente declarativo de derechos -la protección que proporciona el Registro de la Propiedad Intelectual es un añadido a los instrumentos judiciales previstos en la Ley-. Debido a la limitación de espacio, y no ser este el tema principal del trabajo, para profundizar remitimos a RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., “Registro y Propiedad Intelectual”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 6, 1996-1997, pp. 41-58.

⁷⁰ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45-48.

⁷¹ Vid. art. 118 de la Ley 22/1987; es decir, serán meras fotografías las que no constituían obras fotográficas.

de esta afirmación observamos cómo, de nuevo, es el criterio de la originalidad y su interpretación lo que articula esa dualidad.

Posteriormente se promulgó el actual TRLPI que sigue aquel sistema dualista que implantó la Ley 22/1987 respecto a la protección de la fotografía⁷².

Atendiendo al artículo 10.1.h) TRLPI, son objeto de propiedad intelectual “*las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*”. También hemos de señalar como objetos tutelados por este ámbito del Derecho, a través del reconocimiento a su autor de “otros derechos de propiedad intelectual”, las meras fotografías y otras reproducciones obtenidas por procedimiento análogo (art. 128 TRLPI⁷³). Sin embargo, ninguno de ambos preceptos define qué debe entenderse por “*fotografía*” ni por “*obra o reproducción expresadas u obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía*”⁷⁴; así pues, tendremos que atenernos al significado técnico y al análisis jurisprudencial correspondiente⁷⁵.

A grandes rasgos, la fotografía se distingue del resto de obras recogidas en el art. 10.1 TRLPI por la forma de creación ya que consiste en la reproducción de algo previamente existente en la realidad que nos rodea con la ayuda de medios técnicos que implican la impresión de la luz que reflejan los objetos.

En lo que respecta a la legislación internacional, en la revisión de Bruselas (1948) del Convenio de Berna fue cuando se incluyeron como obras protegidas en su art. 2, además de las ya recogidas, las obras cinematográficas y aquellas obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía, y, de otro lado, las obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento

⁷² La SAP de Valencia (Sección 9ª), de 27 de febrero (JUR 2007\274150), en sus FFJJ 2º y 3º, expone la evolución histórica de la protección de las obras fotográficas y meras fotografías en España.

⁷³ Art. 128 TRLPI: “*Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción*”. El texto de este artículo es, en esencia, prácticamente igual al de su antecesor, el art. 118 de la Ley 22/1987.

⁷⁴ En el Convenio de Berna (art. 2.1) también se hace referencia a “*las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*”. A través de esta expresión debemos interpretar que el legislador intenta plasmar un concepto amplio sobre los diferentes procedimientos (existentes o con posibilidad de existir en el futuro) que se pueden aplicar para obtener una fotografía o resultado similar. En el ámbito del Derecho comparado *vid.* art. L. 112.2 de la Ley francesa, art. 2.1º.h) de la Ley portuguesa, art. 87 de la Ley italiana, párrafo 2.1.5 de la Ley alemana. *Cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 10.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 184.

⁷⁵ SOLER MASOTA, P., “Fotografía y Derecho de Autor”, en *ADC*, Tomo LII, Fascículo I, enero-marzo 1999, pág. 103.

análogo a la fotografía. En la redacción actual del Convenio de Berna, del que España es miembro, se mantiene esta idea en el art. 2.1.

Por otro lado, comprender el significado del concepto de *originalidad* en la fotografía es importante ya que ello permitirá distinguir entre «obras fotográficas» y «meras fotografías». En otras palabras, el hecho de pertenecer a una u otra categoría ha de depender del esfuerzo creativo que el autor integra en la imagen. Además, no hemos de olvidar la repercusión que tiene la existencia de la originalidad para los derechos morales y los derechos de explotación sobre las fotografías y su importancia en el ámbito económico.

En definitiva, la gran cuestión vuelve a focalizarse en precisar cuándo podemos indicar que la fotografía está revestida de la originalidad suficiente para ser considerada obra y cuándo estamos ante meras fotografías⁷⁶y, para ello, resulta inevitable el análisis del supuesto concreto.

5.2.- La visión de la originalidad en las directivas comunitarias

En primer lugar, tal y como anunciábamos en epígrafes anteriores⁷⁷, atendiendo al criterio normativo comunitario de *originalidad* hemos de fijar la atención en la Directiva Comunitaria 93/98/CEE (actual Directiva Comunitaria 2006/116/CE) sobre la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, mediante la que se regula la definición comunitaria de *originalidad* de las fotografías en su art. 6 y en su Cdo. 17 (Cdo. 16 de la Directiva 2006/116/CE).

Dicho art. 6⁷⁸ define como “fotografías originales” aquellas creaciones intelectuales propias de su autor; en cuanto al Cdo. 16⁷⁹ se concreta el sentido del término “propias” como

⁷⁶ En este sentido VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pág. 128; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Comentario al art. 118” en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. V, vol. 4º B, Edersa, Madrid, 1995, pág. 527, señalando que “a falta de otros criterios legales más precisos, parece que la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía ha de ser establecida en torno al concepto de creación original”.

⁷⁷ Vid. *supra*, epígrafe 4, pp. 17 y ss.

⁷⁸ Directiva 2006/166/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Art. 6: “Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al art. 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías”.

⁷⁹ Directiva 2006/166/CE, Cdo. 16: “La protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes. Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional”.

equivalente al reflejo de la personalidad del autor⁸⁰. Por consiguiente, las fotografías que no sean originales en el sentido subjetivo (meras fotografías) serán objeto de protección en los Estados miembros conforme al sistema que cada uno adopte libremente, ya que a nivel comunitario nada se especifica. Esto indica que, aunque se consigue armonizar la categorización de las obras fotográficas a nivel comunitario, se genera una desigualdad respecto a las meras fotografías.

Sin embargo, respecto a la Directiva 93/98/CEE, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁸¹ y VALBUENA GUTIERREZ⁸² se decantan por el reconocimiento de la originalidad objetiva debido a que, entre otras razones, en el Cdo. 17 se afirma que “*una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad*”, criterio que estiman insuficiente ya que todas las fotografías a excepción de las copiadas (con o sin autorización) constituirían obras fotográficas y, por el contrario, la Directiva recoge la distinción entre obras fotográficas y meras fotografías. Añaden que, a pesar de que ambas categorías de fotografías requieren el carácter de ser *realizadas* por un sujeto, no por ello obtienen la misma tutela por el Derecho de propiedad intelectual.

En definitiva, tanto VALBUENA GUTIERREZ como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, se inclinan por entender que esa *originalidad* de la que habla la Directiva 93/98/CEE no es en su vertiente subjetiva (ya que todas son resultado de la labor de su realizador), sino en la objetiva, y será la presencia o no de elementos novedosos lo que determine la calificación como «obra fotográfica» o como «mera fotografía».

También debemos traer a colación la Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, la cual mediante su art. 1.3 señala la dirección que hemos de tener en cuenta, así: “*El programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección*”⁸³. Asimismo, la Directiva 96/9/CE, de 11

⁸⁰ Estas observaciones tienen aplicación para las fotografías, los programas de ordenador y las bases de datos. Sobre este particular, HERNANDO COLLAZOS, I., “Patrimonio fotográfico: originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España”, en *RIIPAC*, N° 2, 2013, pp. 74-104.

⁸¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, op. cit., 1997, pp. 190-192.

⁸² VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales...*, op. cit., pp. 310-313.

⁸³ Versión vigente de la precedente Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo; fue incorporada al Derecho español a través de la Ley 16/1993 (derogada) y, en su art. 1.3 enuncia: “*el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor*”. Asimismo, ha quedado recogido en el art. 96.2 TRLPI con la misma redacción.

de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos, incluye el mismo sentido del requisito de originalidad en los Cdos. 15 y 16 y en el art. 3.1, al presentar la importancia de la “*labor de creación intelectual propia del autor*” y la exclusión de aplicar otros criterios como los estéticos o cualitativos.

Teniendo en cuenta estas tres directivas comunitarias, el criterio que se sigue para la protección del respectivo derecho de su objeto es que sean “creaciones intelectuales propias de su autor”, es decir, que reflejen su personalidad. Por tanto, la interpretación que aplica el legislador comunitario es en el sentido de la originalidad subjetiva⁸⁴ ⁸⁵. No obstante, no excluyen el hecho de que la originalidad pueda interpretarse de múltiples formas por la jurisprudencia y la doctrina, de tal modo que ese estándar que se pretendía conseguir termine siendo ficticio⁸⁶.

Aplicando el concepto armonizado de originalidad que especifican las directivas 2006/116/CE, 2009/24/CE y 96/9/CE, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el «*Caso Painer*» (asunto C-145/10)⁸⁷, en el que una de las preguntas que se le hacía al tribunal austriaco -y éste presentó como cuestión prejudicial ante el TJUE, en lo que a nuestro estudio interesa- versaban sobre la posibilidad y alcance de la protección por el Derecho de autor de un retrato fotográfico⁸⁸.

⁸⁴ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 157-161.

⁸⁵ Las mencionadas directivas hablan de la exigencia de la originalidad para dotar de protección a la obra o creación, sin posibilidad de aplicar otros criterios para determinar su derecho a la protección que otorga el Derecho de propiedad intelectual. A pesar de ser el mismo criterio de originalidad y de que en todas las directivas se traduzca en el hecho de que “muestre la personalidad de su autor”, la diferencia radica en la percepción de este requisito en cada una de las obras, pues no se encuentra en los mismos elementos.

No debemos olvidar, como es bien sabido, que no hay consenso en torno a esta materia, y algunas de las críticas se dirigen a señalar que las directivas solo exigen un nivel mínimo de originalidad por lo que el espectro de protección se ve ampliado. Según apunta BONDÍA ROMÁN, la Directiva 93/98/CEE, sin olvidarnos del texto del art. 10 TRLPI, “*no añade ni quita nada a la originalidad. Constituye, podría decirse, un requisito ontológico, una exigencia intrínseca a la misma creación*”.

⁸⁶ Hay autores que defienden una visión de la originalidad objetiva, pese a lo establecido en el Cdo. 17 de la Directiva 93/98/CEE, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALBUENA GUTIÉRREZ, tal y como hemos señalado *supra*. También en este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J., cuando dice que “*no es seguro que esta definición legal de originalidad [la que dispone la Directiva 93/98/CEE] sea suficiente para evitar toda divergencia de interpretación. Al fin y al cabo, el concepto de originalidad es más doctrinal que legal, y la doctrina podría llegar a resultados distintos interpretando la expresión «creación original propia de su autor»*”, “Comentario al art. 104”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, op. cit., 2007, pág. 1403.

⁸⁷ Vid. STJUE (Sala 3ª), de 1 de diciembre de 2011 (TJCE 2011\388).

⁸⁸ En conexión con el retrato debemos atender al derecho a la imagen de la persona fotografiada y para ello el fotógrafo ha de contar con el consentimiento del retratado para la explotación de su creación ya que se ha de traer a colación el art. 18.1 CE que presenta como derechos fundamentales el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, además, éstos constituyen un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el art. 20.4 reconoce y protege. En nuestro ordenamiento jurídico este mandato constitucional se ha desarrollado en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ahora bien, los derechos de la persona fotografiada sobre su imagen tampoco son

En este caso se intentaba dilucidar si el art. 6 de la Directiva 93/98/CEE es aplicable al retrato fotográfico en tanto que recibe la tutela por el Derecho de autor “*siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo*” (párr. 99)⁸⁹. Además, el TJUE añade que es el órgano jurisdiccional nacional quien debe comprobar si el retrato fotográfico del caso concreto es una obra y, por ende, goza de la protección del Derecho de autor con el mismo alcance que cualquier otro tipo de obra, incluidas las obras fotográficas⁹⁰.

El TJUE concluye que el retrato constituye una obra fotográfica y su autora será beneficiaria de los derechos de autor en aplicación de la Directiva 2001/29/CE, de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En pocas palabras, el TJUE aplica el “Test de la libre elección” para averiguar hasta qué punto el autor de una creación intelectual ha decidido libremente sobre la forma en que expresa sus ideas y si ha tomado decisiones libres y creativas que le han permitido reflejar su impronta personal⁹¹.

No debemos olvidar que aunque las mencionadas directivas hablen de un criterio de originalidad en la misma vertiente, a pesar de afectar a objetos de estudio diferentes, no queda en ningún momento relegada la importancia de la interpretación de la originalidad por parte de la jurisprudencia y la doctrina al caso concreto.

absolutos y se verán limitados por los derechos del autor, aunque la Ley exija que el consentimiento deba ser expreso y pueda revocarse en cualquier momento (con indemnización de los perjuicios que esta causare al destinatario del mismo). Para más profundización remito al lector a la obra de VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 342-357; VICENTE DOMINGO, E., “Las personas fotografiadas: derechos a la imagen y propiedad intelectual”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 77-121. También la STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371) FJ 2 y su comentario por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en CCJC, N° 41, 1996, pp. 835-846.

⁸⁹ En este sentido, el Cdo. 17 de la Directiva 93/98/CEE, plasma la idea de que una creación intelectual corresponde a su autor cuando refleja su personalidad. Vid. STJUE (Sala 3ª), de 1 de diciembre de 2011, (TJCE 2011\388), párrs. 87,88 y 94.

⁹⁰ Vid. STJUE (Sala 3ª), de 1 de diciembre de 2011, (TJCE 2011\388), párrs. 96-99.

⁹¹ El “Test de la libre elección” es doctrina jurisprudencial constante del TJUE, así lo demuestra la sentencia de 16 de julio de 2009, *Caso infopaq* (asunto C-5/08), párrs 33-51. Para mayor desarrollo ejemplificativo de casos en los que ha tenido jurisdicción el TJUE en este sentido, HERNANDO COLLAZOS I., “Patrimonio fotográfico...”, op. cit., pp. 89-97.

En suma, tanto la normativa como la jurisprudencia del TJUE, intentan aplicar un concepto uniforme comunitario de “originalidad” ya que una de las finalidades del Derecho comunitario es lograr la armonización de los derechos de autor en los Estados miembros y tratar de impedir la alteración de la competencia en el Mercado Interior.

5.3.- Obras fotográficas

En palabras de BONDÍA ROMÁN⁹², *“toda fotografía que implique un trabajo de planteamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, deberá considerarse original”* y continúa exponiendo que son «obras fotográficas» aquellas en las que *“la mirada personal del fotógrafo en la concepción de la fotografía, así como su reflejo y traducción en la ejecución de la misma, su profesionalidad (...), su consciencia de que está creando algo que no es copia de lo que ya existe, que va más allá de la reproducción de la realidad fotografiada, deben ser suficientes para apreciar la originalidad”*.

Es decir, únicamente debemos atender a la *originalidad*⁹³ que se localiza en la actividad creativa de su autor y mediante la cual se refleja su personalidad (originalidad subjetiva), no siendo relevante el renombre de su autor. Tampoco se han de tener en cuenta factores externos como la naturaleza del material o soporte empleados por el fotógrafo, el tiempo o esfuerzo empleados, el coste económico que ha supuesto la realización, el destino o finalidad, etc. En cuanto a los factores internos irrelevantes se encuentran el tema u objeto fotografiado, así como la calidad y el mérito de la fotografía⁹⁴.

La fotografía va a ser considerada original y, por tanto, «obra fotográfica» tutelada por el Derecho de autor, cuando haya relación directa e individualizada entre la fotografía y su autor; pasando a ser la imagen el pensamiento materializado mediante un elemento externo (cámara fotográfica) a través del intelecto e impronta personal del autor⁹⁵.

⁹² BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, julio-septiembre, 2006, pp. 1071-1072

⁹³ La STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371) señala que el carácter artístico (la originalidad) de la reproducción fotográfica se produce cuando *“el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de esta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura”* (FJ 2).

⁹⁴ Para mayor explicación tanto de los factores externos como de los internos que resultan irrelevantes para apreciar la existencia de originalidad en la fotografía, VALERO MARTÍN, E., *Obra fotográfica...*, op. cit., pp. 210-230.

⁹⁵ A favor de la originalidad subjetiva también se encuentra el concepto de originalidad que apunta el Comité de Expertos Gubernamentales sobre las obras fotográficas, establecido en la reunión de 14.12.1987, en la que finalmente quedó el siguiente texto del PHW1 (2) (Photographic Works): *“todas las fotografías que contienen elementos originales deberían estar protegidas por el derecho de autor como obras fotográficas. [Toda fotografía debería reputarse como tenedora de elementos originales y en consecuencia, considerada como una obra fotográfica, en los casos en los que hay alguna influencia humana en la composición y/o los otros elementos importantes de la imagen]”*. Para más detalle, VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 182-184.

Respecto al momento en el que debemos apreciar la originalidad necesaria para calificar a la fotografía como obra fotográfica, y ser protegida por el art. 10.1 TRLPI, destacamos la importancia que tienen las diferentes fases de realización⁹⁶ de la misma. La primera, de concepción o preparatoria, será en la que el autor decidirá sobre el tema u objeto a fotografiar, el lugar y momento, y las condiciones en las que se va a plasmar la imagen (luz, perspectiva, ángulo, etc.). Posteriormente, en la fase de ejecución o fijación, se toman las decisiones técnicas específicas en relación con la cámara fotográfica. En la fase de revelado del negativo el autor busca el modo en el que la imagen va a plasmarse en formato físico. Y, por último, en algunas fotografías también se llevan a cabo retoques.

La originalidad de la obra fotográfica puede derivar de cualquiera de las decisiones que el autor tome en una o varias de sus fases de realización, en función del margen de libertad que tenga sobre la imagen. Es por esto que, en la fotografía, el autor no tiene por qué ser quien materialmente realiza la fotografía (es decir, quien acciona el disparador), sino el individuo que la concibe y sopesa y lleva a cabo la toma de decisiones respecto a la concepción, la ejecución, el revelado y los retoques.

Como ya veníamos anunciando, no hay consenso ni en la jurisprudencia ni en la doctrina sobre la vertiente de la originalidad que se estima, de forma general, más oportuna. Hasta ahora, se han explicado diversos motivos que nos hacían decantarnos por la originalidad subjetiva, pero no hemos de olvidar a aquellos que defienden la corriente objetiva, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALBUENA GUTIÉRREZ, entre otros⁹⁷; así como, jurisprudencialmente, la tendencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en numerosas sentencias, como la de 21 de noviembre de 2003⁹⁸, que señala que *“el requisito de la originalidad, exigido con alcance general por el art. 10 para que la fotografía merezca la conceptualización de obra protegida, ha de identificarse con la novedad objetiva, ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas, mas no con la mera novedad subjetiva. Lo decisivo a estos efectos es que aquélla incorpore la nota de la*

⁹⁶ La fotografía es una actividad artística conceptual que se lleva a cabo a través de diferentes fases, sin embargo, no todas ellas deben producirse obligatoriamente. Lo importante es que por medio de la cámara el fotógrafo lleve a cabo múltiples elecciones (antes de la materialización final de la obra) que plasmen el carácter artístico de la misma y su impronta personal. Para más profundización: VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 192-197; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, op. cit., 2007, pág. 182.

⁹⁷ Remitimos a la pág. 22 respecto a la exposición de las ideas de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALBUENA GUTIÉRREZ.

⁹⁸ SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004\89197). En similar sentido, y provenientes de la misma Audiencia, encontramos las sentencias de 10 de septiembre de 2003 (AC 2003\1894), 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005\56468) y 1 de febrero de 2005 (JUR 2005\118772).

singularidad (...), aunque sea con gran precisión técnica (...). La exigencia de ese nivel o altura creativa, materializada en alguna novedad creativa, es lo que determina el carácter de obra protegida, por transmitir al espectador emociones o ideas que, por ser producto de la creatividad, no aflorarían ante la contemplación de la mera captación de la realidad de las cosas”.

Al hablar de la originalidad objetiva, la complejidad en el desarrollo de la obra puede ser un indicio de la existencia de altura creativa, pero no necesariamente; y el hecho de la necesidad de un especial nivel de originalidad nos remite al margen de libertad creativa del que disponga el autor, que dependerá en gran medida del tema u objeto fotografiado.

Teniendo en cuenta lo antedicho respecto a la originalidad subjetiva y la objetiva, creemos que es apropiado considerar que la obra fotográfica debe entenderse como aquella que refleja la personalidad de su autor, ya que quien tomó la imagen tuvo un margen de decisión relevante en cualquiera de sus fases de realización. Por tanto, si únicamente aplicásemos el criterio de la originalidad objetiva en el sentido de que la fotografía implicara una obra nueva no sería suficiente, ya que no asegura persé que todas las obras nuevas reflejan la impronta personal de su creador.

Siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁹⁹, es diferente saber quién ha sido el autor de una obra al hecho de pronunciarse sobre la existencia de originalidad en esa obra concreta y, sin embargo, no resulta relevante en todo caso determinar el autor para saber si la obra es original.

No obstante, desde nuestro punto de vista, resulta tan importante el reflejo de la originalidad subjetiva en la fotografía como el hecho de que una vez constatada se lleve a cabo un análisis sobre la originalidad objetiva que pueda o no presentar la obra. En otras palabras, tras afirmar que la fotografía es reflejo de la personalidad de su autor, pasaríamos a observar si presenta cierta altura creativa (no tan exigente como el nivel que se debiera apreciar si solo valorásemos la originalidad objetiva). De este modo, podríamos aplicar las ventajas de ambas posturas y asegurarnos de que aquello que se protege por el Derecho de autor realmente está dotado de un carácter especial; además de que la obra fotográfica en cuestión genere una aportación al

⁹⁹ TORRES GARCÍA, T., “Comentario a los arts. 61 y 62”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., 1989, pág. 966.

patrimonio cultural preexistente debido a su carácter de novedosa y beneficie a la cultura gracias a la aportación personal del autor¹⁰⁰.

En otro orden de cosas, el creador de una obra fotográfica, como autor de la creación intelectual, es titular de un auténtico derecho de autor compuesto por facultades morales y patrimoniales. La fotografía, como creación intelectual, necesitará ser exteriorizada para ser perceptible por terceros, no siendo importante el medio concreto de expresión siempre que permita su entrada en la esfera jurídica, caso que es posible en la fase de revelado¹⁰¹.

La creación intelectual (bien inmaterial) es objeto de un derecho de propiedad intelectual, mientras que el soporte utilizado para su exteriorización (elemento material) lo será de la propiedad ordinaria y de los derechos que recaen sobre bienes materiales. Como podemos observar, los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos sobre el soporte material al que está incorporada la creación intelectual (art. 3 TRLPI)¹⁰². Además, los derechos de propiedad intelectual, en su aspecto patrimonial, tienen un límite temporal de vigencia (art. 26 TRLPI¹⁰³) pero la propiedad ordinaria que se aplica sobre el soporte es tendencialmente perpetua (mientras subsista su objeto y el dueño no lo abandone). Finalmente, hemos de saber que en el caso de las obras fotográficas existe la posibilidad de cesión o transmisión de sus derechos de explotación.

5.4.- Meras fotografías

Las denominadas «meras fotografías» (art. 128 TRLPI) se contraponen a las obras fotográficas (art. 10.1.h TRLPI) ya que éstas últimas poseen el carácter de “creación original”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ A favor de este pensamiento, VALERO MARTÍN, E., *Obra fotográfica...*, op. cit., 184-188.

¹⁰¹ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 247-249.

¹⁰² VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pág. 249; Para más información SERRANO FERNÁNDEZ, M., “La autoría de la obra fotográfica. Los autores empleados o asalariados. Fotografías y publicaciones periódicas”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y derecho...*, op. cit., pp. 45-75.

¹⁰³ El texto de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, establece la duración de la protección de las obras fotográficas en 70 años *post mortem auctoris*, contenido que se incluyó en el art. 26 TRLPI según el cual “los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”.

¹⁰⁴ La SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 de septiembre de 2003 (AC 2003\1894) enuncia que las obras fotográficas protegidas por el art. 10.1.h) TRLPI se refiere a aquellas “que satisfacen un alto nivel de originalidad y creatividad” y las meras fotografías (art. 128 TRLPI) designan “aquellas prestaciones de carácter eminentemente técnico” y continúa señalando que “la distinción entre ambos depende, como ha reconocido la

Según BONDÍA ROMÁN¹⁰⁵, serán “*meras fotografías objeto del derecho afín contemplado en el art. 128, las que se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta: su imagen banal. Aquellas fotografías en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico, en las que la captación de la imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara*”.

La realidad nos muestra que, a pesar de haber cierta claridad teórica acerca de la protección por el Derecho de autor de la fotografía, no siempre se apreciará la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía en el caso concreto de una forma tan evidente. Ahora bien, las meras fotografías pueden tener gran repercusión económica debido a su importante valor documental¹⁰⁶.

En la SAP de Badajoz (Sección 3ª), de 31 de julio de 2008, mediante la explicación de lo que no debe considerarse obra fotográfica encontramos los caracteres de lo que la jurisprudencia presenta como «mera fotografía», así será cuando el autor se haya limitado a “*reflejar objetos, figuras o acontecimientos de la realidad a través del simple proceso mecánico de captación de la imagen, aunque sea con gran precisión técnica pero sin aportación original alguna por su parte al haber prescindido, bien por decisión personal, bien por imperativo del encargo profesional o por la razón que fuere, de la autonomía y capacidad creativa en orden a la elección del motivo, encuadre, (...)*”¹⁰⁷.

Por otro lado, los derechos sobre la mera fotografía se atribuyen a su «realizador», entendido como aquella persona física que ha dado lugar a una creación humana y es tutelado por la propiedad intelectual dentro del Título V (“De la protección de las meras fotografías”) bajo la rúbrica “Otros derechos de propiedad intelectual” en el Libro II del TRLPI. Esto es debido a que carecen de los elementos de originalidad necesarios para constituir una obra fotográfica y, por tanto, se ha de aplicar lo dispuesto en el TRLPI en cuanto a derechos afines de propiedad intelectual para el caso de las meras fotografías.

Jurisprudencia en más de una ocasión, de la circunstancia de que el autor incorpore o no a la obra «el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen» de que se trate” (FJ 5). También resulta interesante respecto a la explicación del derecho moral el FJ 6. Cfr., asimismo las SSTs de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371) y de 7 de junio de 1995 (RJ 1995\4628)

¹⁰⁵ BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, julio-septiembre, 2006, pp. 1071-1072.

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., 2007, p. 1615.

¹⁰⁷ SAP de Badajoz (Sección 3ª), de 31 de julio de 2008 (JUR 2008\362011), FJ 2.

Asimismo, la protección de las meras fotografías engloba los derechos de explotación que señala el propio art. 128 TRLPI (reproducción, distribución y comunicación pública), pero no otros derechos como el de transformación (art. 21 TRLPI) y el de remuneración (art. 25 TRLPI)^{108 109}. Los derechos de explotación reconocidos tienen un periodo de duración de 25 años, computados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción (art. 128.2 TRLPI); y su transmisión está sujeta a los principios y normas del Derecho común¹¹⁰.

El TRLPI, no obstante, no recoge la protección de los derechos morales del realizador de la mera fotografía, lo que es congruente con el hecho de que no tengan la consideración de “obra”.

Nuestro legislador en su momento decidió que las meras fotografías debían protegerse a través del Libro II del TRLPI, descartando la vía de protección monopolística de las mismas en el marco de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Sin embargo, sí podrá beneficiarse el autor de la mera fotografía de las acciones y medios que la LCD proporciona cuando se encuentre ante un acto de competencia desleal en función de los presupuestos establecidos en la misma¹¹¹.

Además, según advierte VALERO MARTÍN, conceder la exclusividad de protección a la LCD para las meras fotografías es inapropiado y *“contrario a la voluntad del legislador, expresada en el sistema de la propiedad intelectual, utilizar la vía de la competencia desleal, pues si el legislador ha organizado un sistema de protección privativo, sometido a condiciones de fondo y limitado en el tiempo, es ir en contra de esta voluntad, conferir por la vía de la competencia una situación análoga que no responde a las condiciones fijadas por las leyes de propiedad intelectual”*¹¹².

¹⁰⁸ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, op. cit., 2007, pág. 1619; también CARRANCHO HERRERO, M^a T., “Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y derecho...*, op. cit., pp. 140-142.

¹⁰⁹ Respecto a los derechos reconocidos a las meras fotografías la SAP de Barcelona (Sección 15^a), de 1 de febrero de 2005 (JUR 2005\118772), precisa lo siguiente: “En efecto, los derechos del realizador de la mera fotografía son los de reproducción, distribución y comunicación pública que refiere el art. 118 LPI y con los límites recogidos en los arts. 31 y 37 por así desprenderse del art. 132. En este sentido el realizador de una mera fotografía no ostenta derechos morales de autor sobre esta ni otros derechos exclusivos” (FJ 2º).

¹¹⁰ Según SERRANO FERNÁNDEZ, “la transmisión total o parcial de este derecho de exclusiva del art. 128 queda totalmente sometida a la autonomía privada (art. 1255 CC)”. Vid., SERRANO FERNÁNDEZ, M., “La autoría de la obra fotográfica...”, op. cit., pág. 48.

¹¹¹ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pág. 69.

¹¹² VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 69-71.

En definitiva, la tutela que puede conseguir el realizador de las meras fotografías a través de la LCD sería complementaria o acumulable a la que obtiene vía Libro II del TRLPI.

5.5.- La titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía

La titularidad del derecho de autor sobre una creación intelectual está íntimamente relacionada con la originalidad, ya que la originalidad está ligada a la persona física que ha aportado su personalidad en la obra¹¹³.

El autor debe concebir la obra, es decir, tomar una serie de decisiones en cualquiera de las fases de realización de la misma¹¹⁴ que demuestren su intervención; puede crear/concebir la fotografía pero no ejecutarla y, sin embargo, eso no le priva de ser beneficiario de su autoría. Incluso existe la posibilidad de que una persona conciba la obra (decisiones de decorado, de composición) y otra la ejecute (decisiones técnicas, de revelado y de retocado), de este modo, ambas dejan su huella personal en el resultado final de una misma obra y nos encontraríamos con una situación de coautoría.

La condición de autor no se puede transferir a otra persona física ni jurídica, distintos son los derechos de explotación sobre la creación, de los cuales sí se pueden beneficiar otras personas físicas que no sean su autor y las personas jurídicas, en aquellos supuestos previstos por la Ley¹¹⁵.

En el supuesto de publicación o divulgación de una obra fotográfica anónimamente o bajo seudónimo quien dé a conocer la obra, con el consentimiento de su autor, será el beneficiario del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual -legitimación representativa *ex lege*-¹¹⁶.

¹¹³ Vid. en este sentido los arts. 5 y 10 TRLPI, respecto a la figura del autor de una obra fotográfica que ha de ser aquella persona física que la crea y lo hace de forma original, es decir, que mediante determinadas elecciones consigue reflejar su personalidad. Asimismo, VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 258-261.

¹¹⁴ Vid. *supra*, pág. 29.

¹¹⁵ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pág. 260. Asimismo, PEINADO GARCÍA, J. I., “Comentario al art. 10”, en PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 179.

¹¹⁶ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, op. cit., pp. 260-261. Importa añadir que, a tenor del art. 27 TRLPI, los derechos que recaen sobre las fotografías de carácter anónimo o bajo un seudónimo que no sea notorio o conocido, “durarán 70 años desde su divulgación lícita”. Puede suceder que antes de expirar este plazo el autor revele su identidad y, entonces, se aplicará el plazo general de protección de las obras del art. 10.1 TRLPI, que son 70 años *post mortem auctoris*.

Dicho esto, no por ello debe verse vulnerado el derecho de paternidad del autor sobre la misma (art. 14.3 TRLPI).

La situación es distinta cuando nos referimos al autor de las meras fotografías, ya que es calificado como «realizador» debido a la falta de originalidad en las mismas. No obstante, también encontramos las mismas fases de realización¹¹⁷ que en las obras fotográficas, lo que sucede es que en este caso el realizador tiene menos margen de libertad en la toma de decisión, sin llegar a equipararse con un simple acto mecánico sin ninguna implicación humana¹¹⁸.

Finalmente, en relación con la titularidad de los autores de obras expresadas por procedimientos análogos a las fotografías y de los realizadores de reproducciones obtenidas por procedimientos análogos a la fotografía, siguiendo a VALERO MARTÍN¹¹⁹, entendemos que se han de utilizar aquellos criterios seguidos tanto para las obras fotográficas como para las meras fotografías respectivamente.

6.- CONCLUSIONES

Una vez analizado el concepto de «*originalidad*» a través de la exposición de las antagónicas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, llegamos a las siguientes conclusiones:

- 1) No estimamos conveniente ni oportuno establecer un criterio general de originalidad rígido y excluyente, ni en sentido objetivo ni subjetivo, ya que existen gran variedad de expresiones intelectuales. Por tanto, defendemos que, dependiendo de los diversos tipos de actividad creativa, el nivel de originalidad exigible se determine en función de sus propias características y libertad creativa.
- 2) Si bien es cierto que la originalidad subjetiva es aquella que refleja la personalidad del autor de la obra, entendemos que toda obra por el hecho de ser fruto de la creación humana de algún modo va a reflejar la impronta de su creador. Por tanto, consideramos que será necesaria su coexistencia con otros requisitos, ya sean de

¹¹⁷ Para la exposición de las fases de realización de la fotografía *vid. supra*, pág. 29.

¹¹⁸ SOLER MASOTA, P., *Fotografía y Derecho...*, *op. cit.*, pp. 136-137. Asimismo, sobre la cuestión las observaciones de VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, *op. cit.*, pp. 274-278.

¹¹⁹ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas...*, *op. cit.*, pág. 278.

carácter objetivo o no, para calificar una creación intelectual como obra original protegida por el Derecho de autor.

- 3) En el ámbito de la fotografía, debido a la particularidad de que el fotógrafo realiza su actividad a través de un objeto mecánico (cámara fotográfica o derivados):
 - a. Consideramos necesaria la aplicación de la originalidad subjetiva de tal modo que nos permita demostrar la intervención humana y cómo el autor plasma su impronta personal en la obra.
 - b. Sin embargo, debido a la distinción legislativa entre «obras fotográficas» (art. 10.1 TRLPI) y «meras fotografías» (art. 128 TRLPI), creemos que es efectivo observar también la existencia de cierta altura creativa (originalidad objetiva). De este modo, podremos delimitar con más claridad el objeto de protección, así: la novedad de la fotografía y la personalidad de su autor conjuntamente darán lugar a la obra fotográfica y; si únicamente se produce un proceso mecánico de captación de la imagen pero presenta cierto grado de altura creativa estaremos hablando de meras fotografías.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS MAÍZ, V., “De la originalidad como requisito de protegibilidad de la creación intelectual”, en *RFDUC*, N° 90, 1998, pp. 31-48.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial- Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1993.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: Ley 22/1987, de 11 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 1989.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “STS de 29 de marzo de 1996”, en *CCJC*, N° 41, 1996, pp. 835-846.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual: su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988.
- BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, en *ADC*, julio-septiembre, 2006, pp. 1065-1114.
- CARRANCHO HERRERO, Mª T., “Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 123-186.

- DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al art. 104”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1250-1405.
- HERNANDO COLLAZOS, I., “Patrimonio fotográfico: originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España”, en *RIIPAC*, Nº 2, 2013, pp. 74-104.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1990.
- MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- OTERO LASTRES, J. M., “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”, en GARCÍA PÉREZ, R. (Coord.) y LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2008, pp. 73-102.
- PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- PEINADO GARCÍA, J. I., “Comentario al art. 10”, en PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 170-233.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: (Texto refundido, RDL 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto refundido, RDL 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., “Registro y Propiedad Intelectual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 6, 1996-1997, pp. 41-58.
- RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Comentario al art. 118”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. V., Vol. 4º B, Edersa, Madrid, 1995, pág. 527 y ss.

- SAIZ GARCÍA, C., “¿Protección de las ideas por el Derecho de autor?”, en ROGEL VIDE, C. y SAIZ GARCÍA, C. (Coords.), *Ideas, bocetos, proyectos y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2011, pp. 17-40.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M., “La autoría de la obra fotográfica. Los autores empleados o asalariados. Fotografías y publicaciones periódicas”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2011, pp. 45-75.
- SOLER BENITO, C., *Propiedad intelectual en las artes escénicas*, Tesis doctoral dirigida por el Dr. MONTERDE I FAMES, P. y tutorizada por el Dr. FORGET I BOREU, F., Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.
- SOLER MASOTA, P., “Fotografía y Derecho de autor”, en ADC, T. 52, Fascículo 1, enero-marzo, 1999, pp. 101-144.
- TORRES GARCÍA, T., “Comentario a los arts. 61 y 62”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: Ley 22/1987, de 11 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 956 y ss.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000.
- VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, en ADC, T. 46, Fascículo 3, 1993, pp. 1041-1107.
- VICENTE DOMINGO, E., “Las personas fotografiadas: derechos a la imagen y propiedad intelectual”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Fotografía y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 77-121.

JURISPRUDENCIA:

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE de 16 de julio de 2009 (Sala 4ª), *Caso Infopaq* (asunto C-5/08)

STJUE de 1 de diciembre de 2011, (Sala 3ª), *Caso Painer* (asunto C-145/10)

- Tribunal Supremo (Sala Civil):

STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286)

STS de 7 de junio de 1995 (RJ 1995\4628)

STS de 30 de enero de 1996 (RJ 1996\540)

STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371)

STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8098)

STS de 24 de junio de 2004 (RJ 2004\4318)

STS de 5 de abril de 2011 (RJ 2011\3146)

- Audiencias Provinciales:

SAP de Madrid (Sección 13ª), de 25 de abril de 1997 (AC 1997\1194).

SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10 de septiembre de 2003 (AC 2003\1894)

SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004\89197)

SAP de Madrid (Sección 19ª), de 25 de marzo de 2004 (JUR 2004\248592)

SAP de Barcelona (Sección 15ª), 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005\56468)

SAP de Barcelona (Sección 15ª), 1 de febrero de 2005 (JUR 2005\118772)

SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 29 de septiembre de 2005 (AC 2006\121)

SAP de Valencia (Sección 9ª), de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007\274150)

SAP de Badajoz (Sección 3ª), de 31 de julio de 2008, (JUR 2008\362011)

SAP de Madrid (Sección 28ª), de 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010\299720)

SAP de Burgos (Sección 3ª), de 30 de diciembre de 2016 (AC 2017\120)